

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
Naif Arab University For Security Sciences

حقوق المتهم في مرحلة التحقيق

الدكتور: طه جابر العلواني

الرياض

1406 هـ - 1986 م

حقوق المتهم في مرحلة التحقيق

الدكتور طـه جابر العلواني*

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه واهتدى بهديه الى يوم الدين . وبعد

فإن من أهم ما استهدفه الاسلام كعقيدة ومنهج ونظام تحقيق « **العـدل** » ، والقضاء على « **الظـلم** » فالعدل هدف اسلامي في سائر الأحوال والأوقات لايقلل من أهميته حب احد ولابغضه ، ولا قرابة امرىء ولا بعده ، بل هو غاية تقصد ومطلب يراد « **ان الله يأمر بالعدل والاحسان** »[1] ، « **وامرت لأعدل بينكم** »[2] « **ولايجرمنكم شنآن قوم على ان لاتعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى** »[3]

وفي السنة أحاديث كثيرة جداً تأمر بالعدل ، وتنهى عن الجور و« العدل » – بعد ذلك – هدف انساني فطر الانسان السليم على حبه ، وابتغائه ، والنفرة من ضده واجتنابه .

ولقد وضع الله تعالى للعدل مقاييس يعرف بها ، ويميّز عما ينافيه من الظلم والجور . وأوضح للناس الوسائل التي تمكنهم من الوصول

---

* الدكتور طه جابر العلواني ، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، المملكة العربية السعودية .

(١) سورة النحل الآية : ٩٠ (٢) سورة الشورى الآية : ١٥ (٣) سورة المائدة الآية : ٨

اليه ، وتيسر لهم سبل تحقيقه وأبرز تلك السبل وأهمها · القضاء ، فالله – جل شأنه – قد شرع القضاء « ليقوم الناس بالقسط » ، و « وليزنوا كل شيء بقسطاس مستقيم » فلا يتظالمون ، ولايجور أحد على أحد لا في قول ولا في فعل ، ولايعتدي أحد على أحد لا في مال ولا في جسد ، ويسعد الناس كل الناس بأمن وارف ، وعدل مقام ، وحقوق محفوظة وطمأنينة شاملة للروح والقلب والجسد والمال والأرض والعرض .

ولذلك كان القضاء فريضة محكمة ، وعبادة قائمة مشروعة تولاه أول من تولاه في الاسلام رسول الله ﷺ في مطلع قيام الدولة الاسلامية في المدينة المنورة كما يتضح ذلك من بنود المعاهدة التي عقدها عليه الصلاة والسلام بين المسلمين من المهاجرين والأنصار وبين من يساكنهم بالمدينة من اليهود والمشركين فقد جاء فيها : «... وانه ماكان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده الى الله – عز وجل – والى محمد رسول الله » .

لقد كانت رقعة المدينة – التي تستظل بالسيادة السياسية والقضائية لرسول الله ﷺ – ضيقة ، وقضايا الأمة بسيطة وقليلة ، ولذلك لم يكن للمسلمين قاض غير رسول الله ﷺ في بادىء الأمر

ولما بدأت رقعة الاسلام في الاتساع أخذ عليه الصلاة والسلام يعهد إلى بعض الولاة بأمور القضاء ضمن ولايتهم ، وتارة يعهد إلى بعض أصحابه بالقضاء ببعض الأمور .

وكان عليه الصلاة والسلام يقضي بين الناس بما يوجبه الله تعالى عليه .

وأكثر ماكان يأتيه المتخاصمان مختارين ، فيستمع لكل منهما ،

ويؤكد لهما أنه من الإثم ان يحكم بالظاهر[1] ، وان حكمه في الخصومات لايحل حراماً ولايحرم حلالا

واوضح عليه الصلاة والسلام طرق الاثبات وقرائنه ، وسبل الدفع ووسائله « فالبينة على من ادعى واليمين على من انكر » ، والاقرار بشروطه حجة على صاحبه ، ولا قضاء بين خصمين مالم يسمع لكل منهما

ولما اتسعت رقعة الاسلام ، وكثرت القضايا اذن عليه الصلاة والسلام لبعض اصحابه بالقضاء ، وسيّرهم الى بعض البلدان وزودهم عليه الصلاة والسلام بوصاياه التي كانت تستهدف تحقيق العدل بين الناس ، ومقاومة الظلم ، فاستقضى عليا علي اليمن ، كما استقضى أبا موسى ومعاذاً[2] ، وغيرهم

وكانت الدعاوى ترفع اليه عليه الصلاة والسلام مباشرة من غير أن تسبقها مرحلة تحقيق فيقوم عليه الصلاة والسلام بالموازنة بين مايقدمه المتخاصمان من أدلة ، وليس لديه عليه الصلاة والسلام جهاز يقوم بجمع الأدلة أو التحري والتنقيب لصالح أية جهة من جهتي الخصومة

ولما ولي أبو بكر – رضي الله عنه – الخلافة اسند القضاء الى سيدنا عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فبقى سنتين لايأتيه متخاصمان لما عرف به من الحزم والشدة .

ولما آلت الخلافة اليه كانت الفتوحات الكبرى قد بدأت ، واتسعت رقعة دار الاسلام اتساعاً كبيراً ، وبدأت تظهر علاقات وقضايا لم تكن ظاهــرة من قبل ، أخـذ – رضي الله عنه – يضع

---

(١) يشير الى حديث « انا احكم بالظاهر » ، وهو حديث صحيح .

(٢) راجع الأحكام السلطانية لابي يعلي ص ٦٢ .

القواعد لنظام قضائي يتولى فيه القضاء ، وفض المنازعات ، ومعالجة القضايا، قضاة يختارهم الخليفة وفق شروط معينة لينوبوا عنه في ممارسة القضاء ، فولى أبا الدرداء قضاء المدينة ، وولى شريحاً بن الحارث الكندي قضاء الكوفه ، كما ولى أبا موسى الاشعري قضاء البصرة ، وولى عثمان بن قيس بن ابي العاص قضاء مصر، وجعل قضاء الشام قضاء مستقلا .

وقد سنّ – رضي الله عنه – لقضائه نهجاً رائعاً أمرهم بالتزامه ، وحذرهم من الحيدة عنه يتمثل في كتابه الذي أرسله الى ابي موسى الأشعري ، جاء فيه « ... أما بعد فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم اذا ادلى اليك ، فانه لاينفع تكلم بحق لانفاذ له ، آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لايطمع شريف في حيفك ، ولاييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالا ، ومن ادعى حقاً غائباً ، أو بينه فاضرب له امداً ينتهي اليه ، فان بينه اعطيته بحقه ، وان أعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فان ذلك هو أبلغ في العذر ، واجلى للعمى .

ولايمنعنك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك من ان تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لايبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

والمسلمون عدول بعضهم على بعض آلا محرباً عليه شهادة زور ، أو مجلوداً في حسد ، أو ظنيناً في ولاء أو قرانة ، فإن الله – تعالى – تولى من العباد السرائر ، وستر عليهم الحدود الا بالبينات والأيمان .

ثم الفهم الفهم فيما ادلى اليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور – عند ذلك – واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى الى اجتهاد الى الله ، واشبهها بالحق واياك والغضب والقلق والضجر ، والتأذي بالناس ، والتنكر عند الخصومة (أو الخصوم ، شك ابو عبيد) ، فان القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ، ويحسن يه الذكر ، فيمس خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله مابينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله ، فإن الله – تعالى – لايقبل من العباد الا ماكان خالصاً فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه ، وخزائن رحمته ؟ والسلام عليك ورحمة الله وبركاته »[1] .

لقد بقى القضاء في عهد الخلفاء الراشدين قضاءً بسيطاً لاتعقيد فيه ، فلم يكن للقاضي كاتب أو سجل تدون فيه الأحكام ، لان تلك الأحكام كانت تنفذ فوراً ، وكان القاضي يقوم بتنفيذها بنفسه ، كما لم توضع تنظيمات تفصيلية للقضاء ، واقامة الدعاوى ، وتوزيع الاختصاصات ، ونحو ذلك من أمور عرفت فيما بعد ، فإن هذه التنظيمات التفصيلية لم تكن اليها حاجة في الصدر الأول وذلك للبساطة التي كانت تسود جميع جوانب الحياة ، ولذلك لم يكن لها في الشرع حد ، اذ هي أمور تستفاد من الاجتهاد في اختيار التنظيم الأفضل وأعراف الناس وأحوالهم[2]

ولقد كان القضاء في عصر الخلفاء الراشدين قاصراً على فصل الخصومات المدنية ، أما القصاص والحدود والعقوبات التعزيرية

---

(١) انظر الكتاب وشرحه المسهب في أعلام الموقعين ٨٥/١ و ١٦٥/٢ ، والاحكام السلطانية للماوردي : ٧١ – ٧٢ والسنن الكبرى : ١١٥/١٠ ، والمحلى ٣٩٣/٩ ، والمحصول ٢/ق ٥٢/١ – ٥٣ ، والمقدمة ص ٧٣٨ – ٧٣٩

(٢) راجع الطرق الحكمية ٢١٨

كالحبس ، فلم يكن يأمر بها الا الخليفة أو الوالي ، فكانت الدائرة القضائية ضيقة(١) .

القضاء في العهد الأموي :

لم يحدث تطور كبير في النظام القضائي في عهد بني أمية ، بل استمرت سماته الكبرى على ماكانت عليه في عهد الخلفاء الراشدين من بساطة الاجراءات خاصة في عهد أوائل الخلفاء الأمويين ، والتطور الذي سجله مؤرخو القضاء في هذا العهد يتلخص في « تسجيل الأحكام » خوفاً من التجاحد أو النسيان ، وقد حدث ذلك في زمن معاوية حيث ان قاضيه على مصر سليم بن عمر حكم في ميراث بين ورثة ، ثم تناكروا الحكم ، ثم عادوا وتخاصموا اليه ثانية ، فحكم بينهم مرة أخرى وسجل الحكم(٢) .

كما حددت شروط القاضي ، ومكان التقاضي ، وعرف « قضاء المظالم »(٣) .

القضاء في العصر العباسي :

تطور نظام القضاء في العصر العباسي تطوراً كبيراً من حيث الشكل والاجراءات ، وتعدد الجهات باختلاف القضايا والسجلات وعرف نظام « قاضي القضاة » أو « قاضي الجماعة » وهو بمثابة وزير العدل في الوقت الحاضر ، واتسعت سلطات القاضي ولكن روح الاجتهاد كانت قد ضعفت ، وشاع تقليد الأئمة الأربعة ، والزم القضاة باصدار أحكامهم وفقاً لهذه المذاهب، ففي العراق يحكم القضاة وفقاً

(١) راجع النظام القضائي ٤٥ ، والمقدمة ٧٤٠

(٢) راجع الولاة وكتاب القضاة ٣٠٩ ، والقضاء في الإسلام ص ٤٩ ، والنظام القضائي ٤٨

(٣) راجع مقدمة ابن خلدون ص ٧٤١

لمذهب أبي حنيفة ، وفي الشام والمغرب وفقاً لمذهب مالك ، وفي مصر وفقاً للمذهب الشافعي[(١)]

القضاء بعد العصر العباسي :

انتهت دولة بني العباس بسقوط بغداد سنة ٦٥٦هـ بأيدي المغول ، وتفككت الدولة الاسلامية ، وتعددت الدول القائمة في ديار الاسلام ، وتعددت الأنظمة القضائية فيها ، ولم تختلف هذه الأنظمة في الأسس والدعائم الاساسية لها كثيراً ، ولكنها اختلفت في أساليب التنظيم ، وطرق تشكيل المحاكم ، وتنصيب القضاة وعزلهم والمذاهب التي يتقيدون بالحكم بمقتضاها ، والاختصاصات التي يمارسونها ، وما شاكل ذلك .

وقد رسم ابن الحسن التباهي صورة لنظام القضاء في دولة الاندلس في القرن الثامن الهجري فقال ان الحكام الذين تجرى علي أيديهم الأحكام هم القضاة ، والشرطة الوسطى ، والشرطة الصغرى وصاحب المظالم ، وصاحب الرد ، وصاحب المدينة ، وصاحب السوق[(٢)]

وذكر ابن القيم - رحمه الله - جهات القضاء في دولة المشرق في القرن الثامن أيضاً ، فقال بعد ان ذكر مسائل الحكم في الدعاوى .

«واما الحكم بينهم - فيما لا يتوقف على الدعوى - فهو المسمى بالحسبة ، والمتولى له يسمى والى الحسبة وقد جرت العادة بافراد هذا النوع بولاية خاصة ، كما افردت ولاية المظالم بولاية خاصة ، والمتولى لها يسمى والي المظالم ، وولاية المال قبضاً وصرفاً بولاية خاصة ، والمتولي لذلك يسمى وزيراً ، وناظر البلد لاحصاء المال ووجوهه وضبطه وتسمى ولايته ولاية استيفاء ، والمتولى لاستخراجه وتحصيله ممن هو عليه وتسمى ولايته ولاية

(١) راجع : تاريخ الإسلام السياسي ٢/٢٥٥ ، ٣/٣٠٦

(٢) راجع تاريخ الإسلام السياسي ٤/٣٧٧-٣٨٦ ، وانظر المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ١٠/٩٨ ، أكتوبر ١٩٧٩م

الخراج ، والمتولي لفصل الخصومات ، واثبات الحقوق ، والحكم في الفروج والانكحة والطلاق والنفقات وصحة العقود وبطلانها هو المخصوص باسم الحاكم والقاضي »[١]

التنظيمات القضائية ومصادرها :

لقد اتضح – من خلال العرض التاريخي الذي قدمناه – ان الشريعة الاسلامية لم تحدد اطاراً تنظيمياً للقضاء ، بل وضعت القواعد العامة ، والدعائم الاساسية ، والأهداف الأصيلة ، والمصادر التشريعية التي ليس لأحد ان يستقي الأحكام من غيرها ، أما الأمور التنظيمية المتعلقة بعموم ولاية القاضي أو خصوصها[٢] ، وتحديد ولايته بمكان أو زمان ، واشراك قاض آخر معه أو عدم ذلك ، فكل ذلك أمور تركت لأعراف الناس وأحوالهم واحتياجاتهم ، فليس في الشرع نص يوجب اسناد عمل القضاء كله لشخص واحد ، أو لولاية بعينها فلإمام المسلمين ان يوزع اختصاصات القضاء على جهات متعددة ، وله أن يأمر بجمعها من جهة واحدة بشرط ان يكون كل من يتولى شيئاً من هذه الأمور مستوفياً للشروط الشرعية[٣] التي تؤهله للقيام بهذه المهمة .

كما اتضح منه كذلك ان القضاء الجنائي كان موزعاً بين جهات متعددة هي الخليفة ووالي المظالم والأمير أو والي الحرب وصاحب الشرطة ، والمحتسب والحاكم أو القاضي بمفهومه الضيق الذي أشار اليه

(١) أنظر الطرق الحكمية : ٢١٥-٢١٦

(٢) راجع الاحكام السلطانية للماوردي ٦٩-٧٣ ، والمرجع السابق ، وتاريخ الإسلام السياسي ٤/٣٧٧-٣٨٦

(٣) وهي سبعة : الإسلام والذكورة والبلوغ ، والعقل المصحوب بالذكاء والرأي والفراسة ، والحرية ، والعدالة ، وسلامة الحواس ، والعلم بمصادر التشريع .
انظر أحكام الماوردي ٦٩ – ٧٠ ، وأبا يعلى ٦٠ .

ابن القيم[١] ولم يكن اختصاص هذه الجهات ثابتاً على طريقة واحدة ، بل كان يضيق ويتسع ، وتضم بعض الاختصاصات الى بعض حسب مايرى الخلفاء ، وتبعاً لاشتغالهم بالسياسات الكبرى[٢]

وقد كان الوالي أو صاحب الشرطة يختص – عادة – بالنظر في الجرائم الخطيرة كالحدود والقصاص . وكان المحتسب يختص بالتعزير على الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، والمخالفات

أما القاضي أو الحاكم فقد كان اختصاصه فض المنازعات المدنية التي تتضمن اثبات الحقوق ، والحكم بايصالها الى اربابها[٣]

النظم الاجرائية :

يقسم الباحثون في النظم الاجرائية للدعاوى الجنائية هذه النظم الى أقسام ثلاثة

١- النظام الاتهامي

وهو نظام ينظر فيه الى الدعوى الجنائية على أنها خصومة بين طرفين متكافئين ترفع الى القاضي مباشرة دون حاجة الى ان تسبقها اجراءات تحقيق . وعلى القاضي ان يقوم بالموازنة بين أدلة الخصوم ، وترجيح مايترجح لديه منها

٢- نظام التحري والتحقيق قبل المحاكمة

وهو نظام تمر الدعوى فيه بمرحلة سابقة للمحاكمة يجري فيها التحقيق ، والاتهام ، وتجمع فيها الأدلة والقرائن وفي الأنظمة المعاصرة تشكل الدولة أجهزة للتحري والتحقيق وتجميع الأدلة والقرائن . وتتمتع هذه الأجهزة بسلطات ونفوذ

---

(١) أنظر الطرق ٢١٥

(٢) راجع المقدمة ٧٤٠

(٣) المرجع السابق ، والطرق الحكمية ٢١٨ – ٢١٩

٣- **النظام الذي يمزج بين النظامين :**

فيعتمد نظام التحري والتنقيب في المرحلة السابقة للمحاكمة ويعتمد النظام الاتهامي اثناءها . والتنظيمات المعاصرة تمزج – عادة – بين النظامين بنسب متفاوته أما في عرف الفقهاء فقد شاع استعمال لفظ « المدعى عليه » بدلا من « المتهم » اخذاً من « الادعاء » ، وهو · قول يطلب الانسان به اثبات حق على الغير[١] ، و « الدعوى » اسم بمعنى المصدر ، فاذا ادعى زيد على عمرو مالا ، فزيد مدعي ، وعمرو هو المدعى عليه ، والمال مدعي أو مدعى به ، والمصدر الادعاء ، و « الدعوى » في اللغة غير « التهمة » ، فهي · الاخبار مطلقاً .

وأما في عرف الفقهاء فإننا نقول :

عند الحنفية · هي اخبار بحق له على غيره الحاضر معه في مجلس القضاء[٢] .

وعند المالكية : هي قول لو سلم أوجب لقائله حقاً[٣] .

وعند الشافعية . هي اخبار بحق له على غيره عند حاكم[٤] .

وعرفها الحنابلة : بانها اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته[٥] .

---

(١) انظر تعريفات الجرجاني ٩٣ ، والمعرب للمطرزي ١٦٤

(٢) انظر الحدود والاحكام لمصنفات اخينا احمد بن عبد الرزاق الكبيسي ٢٨٧ ، وهـو لايزال مخطوطاً

(٣) شرح حدود ابن عرفه ٤٦٨

(٤) حاشية قليوبي وعميره ٣٣٤/٤

(٥) راجع المغني وبحاشيته الشرح الكبير : ١٦٢/١٢

واختلفت كلمات الفقهاء في تفسير كلمتي « المدَّعي » والمدّعى عليه:
فمنهم من قال · « المدَّعي » من اذا ترَكَ تُرِكَ ، و « والمدّعى عليه » من لايُتْرك اذا تَرِكَ

ومنهم من قال « المدّعي » من ادّعى باطناً ليزيل به ظاهراً ، و « المدَّعى عليه » من ثبت ظاهراً على حاله .

ومنهم من قال « المدّعي » · من لايجبر على الخصومة ، و « المدّعى عليه » . من يجبر(١)

وقد عقب الشيخ مصنِّفك على هذه الأقوال بقوله · « ان هذا خرم لقانون اللغة ، وهدم لقاعدة العربية (٢)

قلت · وهو كذلك ، لان معظم هذه التفسيرات لا صلة بينها وبين المعنى اللغوي لهذه الكلمات ، ومن المعلوم ان اصحاب الاصطلاح اذا أرادوا نقل مادة لغوية أو استخدامها في مصطلحاتهم فانه لابد لهم من ملاحظة صلة ما بين المعنى الأصلي للمادة اللغوية ، وبين المعنى الجديد الذي يراد استعمالها فيه

ومن البيّن ان « الادعاء » وماتصرّف منه – عند الفقهاء – أكثر مايستعمل في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المالية والأحوال الشخصية فقط : كالقرض والغضب والبيع والاجارة والرهن والصلح والوصية والجناية الموجبة للمال ، والنكاح والطلاق والخلع والعتق والنسب والكتابة والتوكيل ونحو ذلك ، لان هذا النوع من الدعاوى هو الذي كان يخول للقضاة النظر فيه غالباً ، ولكن ليس – هناك – مايمنع من استخدام لفظ « المتهم » في القضايا الجنائية ، بل قد تكون هذه التسمية هي الأكثر مناسبة في هذا المجال بعد كل ماعرفنا من اللغة والأثر والاصطلاح .

(١) راجع الحدود والأحكام ٢٨٨ ، ولسان الحكام ٢٢٦ ، ومعين الحكام ٥٤
(٢) أنظر الحدود والأحكام ٢٨٨

اقسام المتهمين في الدعاوى الجنائية :

يقسم الفقهاء المتهمين في الدعاوى الجنائية الى ثلاثة أقسام :

١- متهم معروف بالتقوى والصلاح يبعد ان يكون من أهل تلك التهمة .

٢- متهم معروف بالمعصية والفجور لايبعد أن يكون قد ارتكب ما أدعى عليه .

٣- متهم مجهول الحال لايعرف بأي من الحالين .

القسم الأول : لا يقبل اتهامه من غير دليل مقبول شرعاً ، ولا تتخذ ضد هذا النوع من الناس اجراءات بمجرد الاتهام لئلا يستهين الأشرار بمضايقة أهل الفضل والأقدار بمجرد الاتهام، وقد اختلفوا في عقوبة المدعي أو المتهم لمثل هذا النوع من الناس على قولين :
اصحهما - عند جمهور الفقهاء - انه يعاقب .

وذهب مالك واشهب الى أنه لايعاقب المدعي إلا اذا ثبت أنه قصد بدعواه ايذاء المتهم ، واثارة الشبهات حوله . والدليل الأصولي الذي يقوم عليه حكم الجمهور في هذه المسألة هو « استصحاب الحال » المدعوم بـ « البراءة الأصلية » .

أما القسم الثاني : فاستصحاب الحال مع الأخذ بالأحوط يسوغان تقييد حريته والتحقيق معه ، والتثبت من صحة مانسب اليه ، أو عدمه ، ولايكتفي بمجرد انكاره ، ولابيمينه ، بل لابد من التثبت من حقيقة مانسب اليه ، ولسلطة التحقيق الشرعية - سواء كانت الوالي ، أو القاضي - حبس المتهم للتحقيق .

أما **القسم الثالث** : وهو المتهم مجهول الحال الذي لايعرف ببر ولا فجور فللقاضي أو الوالي حبسه والتحقيق معه حتى ينكشف حاله .

ذهب الى هذا عامة علماء الاسلام ، ونص عليه أكثر الأئمة: مالك وأصحابه ، وأحمد وأصحابه، وأبو حنيفة وأصحابه[1] ، وذلك لحديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : « ان النبي ﷺ حبس في

---

(١) راجع الطرق الحكمية ١٠١ ، ولم يذكر ابن القيم مذهب الشافعي واصحابه في هذا ، لان الامام الشافعي يذهب الى ان المدعى عليه في أي شيء يحلف ، فإن حلف برئ وإن نكل ردت اليمين على المدعي كما في الأم ٨٧/٧ ، ولكن الشيرازي ذكر استحباب اتخاذ القاضي سجناً للتأديب ولاستيفاء الحقوق من المماطلين ، فانظر المهذب : ٢٩٤/٢ ونقل ابن القيم عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله : « وما علمت احداً من ائمة المسلمين يقول : ان المتهم يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره ، فليس هذا — على اطلاقه — مذهباً لاحد من الائمة الأربعة ولا غيرهم من الائمة ، ومن زعم : ان هذا — على اطلاقه وعمومه — هو الشرع فقد غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله ﷺ ، ولإجماع الائمة ، وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع وتوهموا ان الشرع لايقوم بسياسة العالم ، ومصالح الامة ، وتعدوا حدود الله ، وتولد من جهل الفريقين لحقيقة الشرع خروج عنه الى أنواع من الظلم والبدع والسياسة جعلها هؤلاء من الشرع،وجعلها هؤلاء قسيمة ومقابلة له ، وزعموا : ان الشرع ناقص لا يقوم بمصالح الناس ، وجعل اولئك مافهموه من العموميات والاطلاقات هو الشرع وان تضمن خلاف ماشهدت به الشواهد والعلامات الصحيحة والطائفتان مخطئتان في الشرع اقبح خطأ وافحشه وإنما أتوا من تقصيرهم في معرفة الشرع الذي انزله الله على رسوله ، وشرعه بين عباده ، فإنه انزل الكتاب بالحق ليقوم الناس بالقسط ، ولم يسوغ تكذيب صادق ، ولا ابطال امارة وعلامة مشاهدة بالحق ، بل أمر بالتثبت في خبر الفاسق ولم يأمر برده مطلقاً حتى تقوم امارة على صدقه فيقبل ، أو على كذبه فيرد ، فحكمه دائر مع الحق والحق دائر مع حكمه اينما كان ، ومن كان وبأي دليل صحيح كان ، فتوسع كثير من هؤلاء في أمور ظنوها علامات وامارات أثبتوا بها احكاماً ، وقصر كثير من اولئك عن أدلة وعلامات ظاهرة ظنوها غير صالحة لإثبات الاحكام » الطرق ١٠٣ — ١٠٤

تهمة » . وحديث ابي هريرة : « ان النبي ﷺ حبس في تهمة يوماً وليلة »[1] .

ومفهوم « الحبس » – عندهم – هو « التعويق » وتحديد الحرية ، سواء أكان بوضعه في سجن معد لذلك ، أم وضعه تحت المراقبة ، أم الزامه بالحضور في مكان محدد .

أما الفترة التي يحق للقاضي أو الوالي حبس المتهم فيها فقد اختلفوا فيها كذلك على قولين : فبعضهم قدرها بشهر ، وبعضهم ذهب الى ان الأمر متروك لاجتهاد الوالي أو الحاكم .[2]

القواعد التي لابد من ملاحظتها :

هناك قاعدة « البراءة الاصلية » ، وهي من القواعد التي اهتمت بها الشريعة ، وأقامت عليها كثيراً من الأحكام ، ولم تسمح بنفيها أو تقييدها بغير الأدلة اليقينية ، فهي قاعدة متيقنة لاتزول بشك ، لذا فقد ارتبطت بقاعدة « البراءة الأصلية » قاعدة « اليقين لايزول بالشك » فكل من القاعدتين يرتبط بالأخرى ارتباط الفرع بالأصل ويدخلان معاً في أبواب كثيرة جداً من الفقه .

وهاتان القاعدتان لابد من التوفيق بينهما وبين حماية المجتمع من اخطار محتملة يغلب على الظن وقوعها ان لم تتخذ اجراءات لمنعها ، أو حماية ضروريات الناس من تلك الأخطار ، أو حاجياتهم . فهل يوقت

---

(١) راجع الطرق ١ – ٨

(٢) راجع أحكام الماوردي ، وأبا يعلى والطرق ١٠٣

حكم قاعدة « البراءة » بما يغلب على الظن ان فيه ضرراً على المجتمع لو ترك أم لا ؟ .

في التقسيم الذي مر للمتهمين بعض الجواب ، ولعل في قواعد « الأخذ بالأحوط » و « سد الذرائع » و « إزالة الضرر » بقية الجواب ، فإن الاسلام - كما حرص على حماية الحقوق الخاصة للانسان - حرص على حماية المجتمع كذلك فليس للفرد ان يطغى على الجماعة تحت ستار حقوقه وحريته ، كما انه ليس للمجتمع ان يطغى على الفرد ويظلمه ، ويصادر حرياته بحجة دفع الضرر المحتمل عنه .

ان الاسلام كرم الانسان ، وأقر له بجملة من الحقوق أهمها: حق الحياة ، وسلامة البدن والعرض والشرف والحرية الشخصية في التقلب في البلاد وغيرهما مالم تصطدم بأمر شرعي .

ولمسكنه حرمة،ولحياته الخاصة حرمة ؛ فليس لأحد حق بأن يقتحم مسكنه أو ينظر الى داخل داره إلا باذنه ، وليس لأحد انّ يحاول التصنت على أحاديثه أو قراءة رسائله أو غير ذلك من خاصة شأنه .

ولكن المجتمع بوصفه مجتمعاً يتمتع بحقوق مماثلة لابد له من تحقيق الامن للمجتمع ، وحماية مصالحه ، ومنع ظهور الجريمة فيه ، واذا كان تحقيق هذه الحقوق يتوقف على الحد من تلك الحقوق التي يتمتع بها الفرد ، أو ايقاف العمل ببعضها فإن ذلك يكون من قبيل ماتفرضه الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، فما تقتضيه الضرورة - اذن - يمثل الحد الذي يعطي من السلطة للمحقق على المتهم ، فسلطة المحقق خروج عن أصل مقرر شرعاً لتحقيق أصل آخر مقرر شرعاً لايتم الا بها .

واذ أذن الشرع لقاضي التحقيق ان يضع بعض القيود على حقوق المتهم لتحقيق الأصل المتعلق بالمجتمع ، يكون بذلك قد وضع على سلطة قاضي التحقيق قيوداً تمثل ضمانات للمتهم

فما هي الضمانات أو الحقوق التي وضعتها الشريعة للمتهم والتي تمثل – في الوقت ذاته – قيوداً على سلطة التحقيق ؟

السلطات التي يتمتع بها قاضي التحقيق على من حامت حوله الشبهـات :

الحبس الاحتياطي أو التوقيف :

الحبس في الأصل عند فقهائنا من العقوبات التعزيرية التي يستهدف منها التهذيب والتأديب ، وفقهاؤنا قد فهموا الحبس تحفظاً على المحكوم عليه خلال فترة محددة مع عدم جواز المساس بحقوقه الأخرى ، ولذلك فإن رسول الله ﷺ سماه « اسيراً » ، فهو تحت رعاية الدولة .

ويعرف ابن القيم الحبس بانه « ... تعويق الشخص ومنعه من التصرف بصورة يترتب عليها الحاق الأذى بالآخرين » .
ولكن بعض الفقهاء يعتبر الحبس من جنس الحدود فلا يجوز ايقاعه بمجرد الشبهة : فالأصل ان حرية الانسان مكفولة ، فله أن يتنقل حيث يشاء ، وكما يشاء . « هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها .. » فليس لاحد أن يحبس انساناً عن السعي في الأرض بغير حق

وقد عنى الاسلام عناية بالغة بالسجين ورعايته والاهتمام بشأنه ، فقد أودع رسول الله ﷺ سجيناً عند رجل وأمره أن يرعاه ويكرمه ، وكان يكثر المرور على الرجل يسأله عن السجين

وكان علي بن أبي طالب يزور السجن فجأة ليتفقد أحوال السجناء ، ويطلع على شكاواهم

وعلى الدولة ان توفر للسجين الغذاء والكساء والعلاج ، وتصون له سائر حقوقه

والفقهاء يعتبرون أن أول واجبات القاضي-اذا تقلد عمله-التفتيش على السجناء ليطلق كل من حبس ظلماً ، فعليه ان يسأل عن أسباب حبسهم ، ويجمع بينهم وبين خصومهم ليتأكد من ان الخصومة لاتزال قائمة ، وأنه محكوم عليه بالحق .

واذا حبس امرؤ فعلى القاضي الذي أمر بحبسه ان يكتب اسمه واسم أبيه وجده ، والسبب الذي حبس من أجله ، وتاريخ ابتداء الحبس وانتهائه

واذا عزل القاضي وخلفه غيره فعلى القاضي الجديد ان يبعث الى المعزول يسأله عن المحبوسين وأسباب حبسهم

سلطة اصدار قرارات الحبس :

واختلف الفقهاء فيمن يحق له أن يصدر قرارات الحبس .
فذهب الماوردي إلى : أن سلطة المحقق تختلف باختلاف صفته ، فإن كان حاكماً أو قاضياً ، واتهم لديه شخص بسرقة أو زنى وليس لهذه التهمة – عنده – من أثر ، فلا يجوز له ان يحبسه حتى يكشف عن حاله ، فيتحقق من براءته أو ادانته .

أما اذا كان الناظر في التهمة هو الأمير أو والي الجرائم فله أن يأمر بالحبس اذا رأى التهمة قوية أو غليظة ، وعليه أن يطلق المتهم اذا اتضح أنها ضعيفة أو خفيفة ، وقد تبع الماوردي في هذا كثيراً من الفقهاء .

مـــدة الحبـــس :

واختلفوا في مدة حبسه :
فقيل : شهر . وقيل : ليس بمقدر بل هو موقوف على رأي الامام واجتهاده .

وقد اتضح مما مر أن « الحبس الاحتياطي » جائز عند الحاجة اليه بشروط كثيرة منها: مايتعلق بالغاية التي حبس المتهم من أجلها ، ومنها مايتصل بصفة الامر بالحبس واختصاصه ، ومنها مايعود الى الأمر به ، ومنها مايرجع الى مدته . وهذه الأمور كلها توجد لولي الأمر مجالاً واسعاً لتنظيمها حسبما تقتضيه السياسة الشرعية في كل زمان ومكان ، فهي لم توضع في قوالب جامدة لايمكن التصرف فيها .

تفتيش المتهم ومسكنه ومراقبة أحاديثه :

ان الله سبحانه وتعالى قد صان الانسان وكرّمه ، وحرم ان يمس جسمه أو بشرته أو عرضه ، أو ينتهك مسكنه « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ... » . وقال تعالى : « **ياأيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فان لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم ..** »[1]

---

(١) الآيتان ٢٧ ، ٢٨ من سورة النور

وقال جل شأنه . « **يأيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن اثم ولاتجسسوا** » (١)

وقال عليه الصلاة والسلام : « من استمع الى حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الانك يوم القيامة »

وقال · « ان الأمير اذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم ».وقيل لابن مسعود : « هذا الوليد بن عقبة تقطر لحيته خمراً فقال . انا قد نهينا عن التجسس ، ولكن ان يظهر لنا شيء نأخذه به »

وروي ان عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – حدث أن أبا محجن الثقفي يشرب الخمر مع أصحاب له في بيته ، فانطلق عمر حتى دخل عليه فاذا ليس عنده إلا رجل فقال ابو محجن · « ان هذا لا يحلّ لك قد نهاك الله عن التجسس » ، فخرج عمر وتركه

وقال عبد الرحمن بن عوف : « حرست ليلة مع عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – بالمدينة اذ تبين لنا سراج في بيت بابه مجاف على قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط . فقال عمر · هذا بيت ربيعة بن أميه بن خلف وهم – الآن – شرب فما ترى ؟ . قلت : ارى انا قد أتينا مانهى الله عنه !! قال الله تعالى (ولا تجسسوا) وقد تجسسنا ، فانصرف عمر وتركهم » .

وحرمات الانسان كلها واجبة الصيانة كما دل على ذلك ما مر حتى يظهر ما يقتضي الانتقاص منها .

---

(١) الآية ١٢ من سورة الحجرات وماورد بعدهـا من الأحاديث والآثار قد أخرجه القرطبي في تفسيرها ، انظر ٣٣١/١٦ – ٣٣٤

والظن في الآية هو التهمة ، قال القرطبي : ومحل التحذير والنهي انما هو تهمة لا سبب لها يوجبها ، كمن يتهم بالفاحشة أو بشرب الخمر مثلا ولم يظهر عليه مايقتضي ذلك . قال : ودليل كون الظن - هنا - بمعنى التهمة قوله تعالى : « ولاتجسسوا » ، وذلك انه قد يقع له خاطر التهمة ابتداء ويريد أن يتجسس خبر ذلك ، ويبحث عنه ، ويتبصر ويستمع لتحقق ماوقع من تلك التهمة ، فنهى النبي ﷺ عن ذلك . وان شئت قلت:والذي يميز الظنون التي يجب اجتنابها عما سواها: ان كل ما لم تعرف له امارة صحيحة وسبب ظاهر كان حراماً واجب الاجتناب ، وذلك اذا كان المظنون به ممن شوهد منه الستر والصلاح ، وأونست منه الأمانة في الظاهر فظن الفساد به والخيانة محرم ، بخلاف من اشتهر بين الناس بتعاطي الريب ، والمجاهرة بالخبائث .

فللظن حالتان : حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة : فيجوز الحكم بها .. والثانية ان يقع في النفس شيء من غير دلالة : فلا يكون ذلك أولى من ضده ، فهذا هو الشك : فلا يجوز الحكم به ، وهو المنهي عنه[1] .

وهذا يدل على انه لايجوز تفتيش شخص تفتيشاً ذاتياً ، ولا تفتيش مسكنه ، ولا مراقبته ولا تسجيل أحاديثه الخاصة تلفونية كانت أو غيرها ، ولا هتك أي ستر من أستاره أو كشف أي سر من أسراره لمجرد الشك بأنه قد يكون ارتكب مايقتضي العقاب ، لان المجرد عن الدلائل والقرائن ظن سيء آثم صاحبه ، لايغني من الحق شيئاً ،

---

(١) انظر تفسير القرطبي ٣٣١/١٦ - ٣٣٢ ، وابن كثير ٢١٢/٤ - ٢١٣

ولايجوز ان يبني على مثل هذا الشك شيء إلا اذا تعزز بالقرائن أو الامارات الصحيحة ، أو الأدلة المعتبرة

ويلاحظ ان المفسرين – هنا – والمتكلمين في أحكام القرآن قد سلكوا مسلك الفقهاء في تجويز القبض والحبس الاحتياطي ، ففرقوا بين من ظاهرهم يدل على التقوى والصلاح ، وبين من تدل ظواهرهم على أنهم من أهل الفجور والمعصية ، فاعتبروا النهي عن التجسس محمولا على التجسس على أهل التقوى والصلاح .

أما الاخرون فجوزوا التجسس عليهم

والنهي عن الظن السيء والتجسس في الكتاب والسنة عام ، ولا مخصص له ، والفجور السابق أو الأتهام به لايصلح أي منهما ليكون قرينة أو امارة تهدر بمقتضاها حرمة للشخص أو لمسكنه ، أو أي شيء آخر له مالم يعزز ذلك دليل أو قرينة أو امارة من واقع الحال ، أي ترجح جانب الاتهام .

ومما يؤيد هذا أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قد توقف عن التجسس على ابن محجن الثقفي وربيعة بن أميه ، وكلاهما معروف بالميل الى الشراب . كما توقف ابن مسعود عن ذلك فيما نسب الى الوليد بن عقبة مع اشتهاره بالميل الى الشراب .

فالشريعة الاسلامية اذن تمنع تفتيش الشخص والمسكن والتصنت على أحاديث الشخص ، ومراقبته والاطلاع على رسائله ، واستباحة حياته الخاصة بأي شكل إلا اذا قامت دلائل أو قرائن تدل على علاقته بالجريمة .

أما تقدير تلك الدلائل أو القرائن فمتروك للسلطة المنفذة لحكم الشرع ، الفاقهة لتعاليمه وأحكامه .

كما ان على هذه السلطة ان تدرك ان هذه الحقوق ثابتة للانسان بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، وإن تقييدها أو الانتقاص منها خروج عن الأصل الثابت بالكتاب والسنة لا يباح إلا لضرورة الكشف عن الجريمة وحماية المجتمع من ان ينجو فيه المجرمون من العقاب ، أو يحكم فيه على الأبرياء ، لذلك فانه لايجوز لسلطة التحقيق ان تتجاوز ماتقتضيه الضرورة وينبغي ان تراعي في كل ذلك الاداب الشرعية ، فليس لرجل – مثلا – ان يقوم بتفتيش امرأة ، أو اقتحام البيت على نساء أو نحو ذلك .

مساءلة المتهم في التهمة الموجهة اليه :

للمحقق أن يسأل المتهم الاسئلة التي يرى أن الجواب عنها يساعده على كشف الحقيقة ، وله ان يواجهه بالتهمة الموجهة اليه . ولكن ذلك لايفرض على المتهم أن يجيب كما سيأتي .

حقـــوق المتهـــم :

يتمتع المتهم بمجموعة من الحقوق يمكن تلخيصها فيما يلي :

أولاً حـــق الدفـــاع :

أي دفع المتهم الاتهام عن نفسه اما باثبات فساد دليل الاتهام ، أو باقامة الدليل على نقيضه فلابد من تمكين المتهم من ممارسة هذا الحق ، لأنه اذا لم يسمح للمتهم بممارسة هذا الحق يتحوّل الاتهام الى ادانة ،

فالاتهام بطبيعته يحمل الشك ، وقدر الشك فيه هو قدر الدفاع ومجاله، ومن اقتران الدفاع بالاتهام تبرز الحقيقة[1] التي هي هدف التحقيق

ولذلك فإن الدفاع لايعتبر من حقوق المتهم وحده ان شاء مارسه ، وإن شاء أهمله ، بل هو حق للمجتمع وواجب عليه في الوقت ذاته ، واذا كان المتهم صاحب مصلحة في ان لا يدان وهو بريء ، فإن للمجتمع مصلحة ظاهرة لاتقل عن مصلحة المتهم نفسه في أن لا يدان بريء ، ويفلت مجرم ؛ فيختل بذلك نظام أمنه .

ولذلك كفلت الشريعة الاسلامية حق الدفاع ، ومنعت حرمانه منه بأي حال ولأي سبب من الأسباب ، ففي الحديث المرفوع ان النبي ﷺ قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه حين ولاه اليمن . « ياعلي ان الناس سيتقاضون اليك ، فاذا آتاك الخصمان فلا تقضين لاحدهما حتى تسمع من الآخر ، كما سمعت من الأول ، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء ، وتعلم لمن الحق »[2] .

وروي عن عمر بن عبد العزيز – رضي الله عنه – أنه قال لأحد قضاته « اذا اتاك الخصم وقد فقئت عينه فلا تحكم له حتى يأتي خصمه ، فلعله قد فقئت عيناه جميعاً »[3]

والأصل في الدفاع ان يتولاه المتهم بنفسه ، لأنه حقه بشرط ان يكون قادراً عليه ، فإن كان عاجزاً عن ذلك لم تصح ادانته ، لذلك فقد ذهب بعض الفقهاء الى منع معاقبة الأخرس على جرائم الحدود ، ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده ، لأنه لو كان ناطقاً لربما ادعى شبهة

---

(١) المجلة العربية ١٠٩

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي بسند حسن انظر فتح الباري ١٣/ ١٥٠

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي بسند حسن . نظر انظر فتح الباري ١٥٠/١٣

تدرأ الحد عنه ، لأنه لايقدر على اظهار كل مافي نفسه بالأشارة – وحدها – ولو أقيم عليه الحد باكتمال الشهادة لم يعتبر ذلك عدلا ، لأنه اقامة للحد مع الشبهة .[1]

استعانة المتهم بمحـام :

أما استعانة المتهم بمن يدافع عنه فلا نعلم فيما اطلعنا عليه من نصوص الشريعة ، ولا من أقوال الأئمة المجتهدين مافيه تصريح بحظر ذلك أو باباحته ، والكاتبون في أحكام القضاء ، وأدب القاضي لم يتعرضوا لعملية الدفاع وتنظيمها ، وهل جرى العمل بطلب المتهم من يدافع عنه أم لا ؟

وذلك ربما يعود الى ان مجالس القضاء في العهود الاسلامية كانت مجالس علنية حافلة يغشاها كبار أهل العلم والفقه في البلد ، ويشكل وجود هؤلاء –في الغالب– رقابة فقهية أمينة تساعد القاضي على ان يقضي بالعدل .

على ان الامام أبا حنيفة قد جوز الحكم على من له وكيل على وكيله بعد الدعوى ، وينفذ الحكم على المدعى عليه[2]

وفي الحديث الصحيح . « إنما أنا بشر وانه يأتيني الخصم فلعل بعضكم ان يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فانما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها »[3] .

---

(١) أنظر المبسوط ١٧٢/١٨

(٢) راجع أدب القاضي للخصاف : ٣٣٦/١ ، وفتح الباري ١٥٠/١٣

(٣) هذا لفظ البخاري كما في الفتح ١٥١/١٣ – ١٥٢ ، وروي بالفاظ أخرى عند أصحاب السنن ، فانظر مواطن تخريج الحديث في المحصول ٢٤/٣/٢ ، بتحقيقنا

فنصوص الشرع متضافرة على وجوب التسوية بين الخصمين باللفظ واللحظ والمجلس وسائر الأمور ، واذا عرفنا ان التفاوت بين المتخاصمين في التهم والرأي والمعرفة والبيان والحجة أمر واقع تكاد لاتخلو منه خصومة بما في ذلك الخصومات التي ترفع للمؤيد بالوحي عليه الصلاة والسلام فاننا نستطيع ان نقرر بأن أية طريقة سليمة يمكن ان تؤدي الى التسوية أو مايقرب منها في هذا الأمر طريقة مشروعة لا غبار عليها .

فاستعانة المتهم بمساعد للدفاع صافي الذهن لايكدر صفاء ذهنه خوف ولاقلق أمر مشروع ، ليتمكن المتهم بمساعدة محاميه هذا من معرفة حقيقة التهمة الموجهة اليه ، والحكم الشرعي المتعلق بها ، وأدلة الاتهام وقوتها من ضعفها ، والأدلة الواقعية الدارئة لها ، وكيفية استعمالها ولكي لايقع القاضي تحت تأثير حجة أحد الخصمين وعيّ الاخر فاننا نستطيع أن نقرر بكل اطمئنان ان حق الدفاع حق أصل ثابت للمتهم له ان يمارسه بنفسه وله ان يفوضه لغيره ، وعلى القاضي ان يمكنه من ذلك .

ولقائل ان يقول : ان المدافع عن العي قد يكون ابلغ حجة من الخصم فلابد ان يجيز له في هذه الحالة ان يستعين بمن هو أبلغ ؛ فالتسوية بينهما في هذا أمر متعذر !

ويتسلسل الأمر ولا ينتهي .

والجواب : انه يجب علينا البحث عن التسوية أو ما يقرب منها فذلك أفضل من حرمان أحد الخصمين من الاستعانة بمن يجيد بسط حجته ، واظهار أدلته ، وتفنيد أدلة خصمه ، وجعل القاضي على بينة

من الأمر تعصمه من الوقوع في الباطل ، وتعينه على احقاق الحق واقامة العدل وإلا فان التفاوت في بلاغة الخصمين نفسيهما لايمكن تلافيه .

أورد على الخشني في « تاريخ قضاة قرطبة » . ان رجلين اختصما الى القاضي « أحمد بن بقّي » ، فنظر الى احدهما يحسن مايقول ، والاخر لايدري مايقول ، ولعله توسم فيه ملازمة الحق . فقال له : ياهذا لو قدمت من يتكلم عنك ، فاني أرى صاحبك يدري مايتكلم . فقال له : أعزّك الله انما هو الحق أقوله كائناً ماكان . فقال القاضي : ما أكثر من قتله قول الحق (١) .

ولكن الماوردي قال : فإن قال له : استعن بمن ينوب عنك فإن أشار به الى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز . وإن أشار به الى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ، ولايعين له من يستعين به (٢) .

فهذان قاضيان أحدهما : يحرض الخصم العيّ على الاستعانة بمن يحاجج عنه .

والاخر لايرى هذا ، مما يدل على ان المسألة اجتهادية ، واذا كان الأمر كذلك فلعل الأرجح والأقرب الى روح الشريعة جواز اتخاذ الخصم محامياً له .

ولعل هذا الحق يترجح أكثر في القضايا الجنائية سواء في جرائم الحدود التي تكون من حق الله تعالى أو مشتركة بين حق الله وحقوق العباد .

---

(١) المجلة العربية ١١٢

(٢) أنظر أدب القاضي ٢٥٦

كما إن في النظم الاجرائية المعاصرة يواجه المتهم خصماً الجن وابلغ بحجته منه بدون شك ، وهو النيابة أو الادعاء العام فهو أحوج مايكون الى من يعينه على بسط أدلته ، ودحض أدلة اتهامه ، ولكن هل يسمح له باتخاذ المحامي في مرحلة التحقيق ، أو لايسمح له بذلك إلا في مرحلة المحاكمة فقط ؟ .

اذا اعتبرت اجتهادية ، وترجحت مشروعية اتخاذ المحامي ، فلعل الأصلح للمتهم والاولى لتحقيق جوانب الدعوى المختلفة ان يرافق المحامي موكله في المرحلتين ، ذلك لان من مستلزمات الدفاع ان يحاط المتهم علماً بالواقعة المسنده اليه ، والأدلة المتوفرة ضده ، ووجود من يعينه على فهم ماأسند اليه ، وينبهه على ماله وما عليه في ذلك ، ويساعده في دحض أدلة الاتهام ، وتجميع أدلة النفي – أمر له كثير من الجوانب الايجابيه – التي تجعل من المرجح ان يؤذن للمتهم بالاستعانة بالمحامي من لحظة مواجهته بالاتهام

ثانياً : حقه في الصمت والكلام

ومقتضى هذا الحق تمكين المتهم من ابداء أقواله في حرية تامة ، ودون ضغط أو اكراه أو تعذيب أو خديعة ، أو أي شيء يؤثر على الارادة الحرة للمتهم ، ويدفعه الى الادلاء بأقوال معينة : كاستخدام العقاقير المخدرة ، أو التنويم المغناطيسي أو غير ذلك[١] .

وللمتهم كذلك الصمت والامتناع عن الاجابة عن كل أو بعض اسئلة المحقق ، واذا أجاب ، وتبين ان ما أجاب به كان كذباً فلا يعتبر شاهد زور ، ولايعاقب بعقابه واذا أقر على نفسه بحق أو بحد فله الرجوع عنه ، ورجوعه عن الاقرار مسقط لاعتباره مطلقاً

(١) المجلة العربية ، مارس ١٩٧٨م ، ص ١١٩

الأكــراه على الــكلام :

فلا يجوز اكراه المتهم لحمله على الاقرار ، قال ابن حزم : « . . فلا يحل الامتحان في شيء من الأشياء بضرب ولا بسجن ولا بتهديد ، لأنه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا اجماع ، ولا يحل أخذ شيء من الدين إلا من هذه الأصول الثلاثة ، بل قد منع الله تعالى ذلك على لسان رسوله ﷺ بقوله : « ان دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » ، فحرم الله تعالى البشر والعرض ، فلا يحل ضرب مسلم ، ولا سبه إلا بحق أوجبه قرآن أو سنة ثابتة »[1] .

وان من أهم شروط صحة الاقرار الاختيار ؛ فالمقر مخبر بصدق في اقراره لغلبة الظن برجحان صدقه على كذبه ، اذ لايتصور من العاقل أن يخبر عن نفسه بشيء يعرف أنه ضار بها ما لم يكن له ما يبرره .

فاذا أكره على الاقرار ترجح جانب الكذب في اخباره على الصدق بدلالة الاكراه ، ويغلب على الظن – آنذاك – أنه قصد باقراره دفع ضرر أكبر ، وهو ضرر الاكراه ، ولذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان من أكره على الاقرار بحق أو جناية فاقراره باطل ، ولايترتب عليه شيء من الأشياء ، لقوله تعالى « **الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان** »[2] ، فجعل سبحانه الاكراه مسقطاً لاثم الكفر وعقوبته فيكون مسقطاً لما عداه من باب أولى .

ولقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[3]

---

(١) أنظر المحلى : ١٤١/١١

(٢) الآية ١٠٦ من سورة النمل

(٣) الحديث له الفاظ مختلفة وطرق متعددة بعضها صحيح ، أنظر تخريجنا له بهامش المحصول ١/ق ٣١٩/١ .

وأخرج أبو داود : « ان قوماً من الكلاعيين سرق لهم متاع ، فاتهموا أناساً من الحاكة ، فأتوا النعمان بن بشير صاحب النبي ﷺ فحبسهم أياماً ، ثم خلى سبيلهم ، فأتوا النعمان ، فقالوا . خليت سبيلهم بغير ضرب ولا امتحان ؟! فقال النعمان · ماشئتم ؟ ان شئتم أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك ، وإلا أخذت من ظهوركم مثل ما أخذت من ظهورهم ، فقالوا هذا حكمك ؟ فقال · هذا حكم الله وحكم رسوله ﷺ (١)

وعن عمر رضي الله عنه قال · « ليس الرجل أميناً على نفسه اذا أجعته أو أوثقته أو ضربته »(٢) .

وعن شريح قال · « القيد كره ، والوعيد كره ، والسجن كره ، والضرب كره(٣)

وعن الشعبي قال : « المحنة بدعة »(٤) .

ومما تقدم يتضح ان أهل العلم لم يعتبروا ممارسة أي ضغط على المتهم من قبيل السياسة الشرعية ، بحيث يترك أمرها لولي الأمر إن شاء فعل ، وإن شاء ترك ، بل ان ذلك مما حرمه الله تعالى على لسان نبيه ﷺ بقوله . « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » .

عن عراك بن مالك قال : « أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا منزلا بفنجان من مياه المدينة ، وعندها ناس من غطفان فباتا فأصبح الغطفانيون وقد ضلّ من ابلهم فاتهموا الغفاريين ،

---

(١) السنن : الحديث رقم ٤٣٨٢ ، وفي النسائي الحديث رقم ٤٨٧٨

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٩٣/١٠

(٣) المصدر نفسه

(٤) المصدر نفسه .

فأقبلوا بهما الى النبي ﷺ وذكروا له أمرهم ، فحبس أحد الغفاريين ، وقال للاخر : اذهب فالتمس ، فلم يكن الا يسيراً حتى جاء بهما ، فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين (قال : حسبت أنه قال للمحبوس عنده) : استغفر لي قال الغفاري : غفر الله لك يارسول الله . فقال رسول الله ﷺ : ولك وقبلك في سبيله . فكان ممن استشهد يوم اليمامة [1] .

وعن عبد الله بن أبي عامر قال : انطلقت في ركب حتى اذا جئنا ذا المروة سرقت عيبه لي ، ومعنا رجل يتهم ، فقال أصحابي : يافلان أدعيته ، فقال : ما أخذتها فرجعت إلى عمر بن الخطاب فأخبرته . فقال : كم أنتم ؟ فعددتهم فقال : اظنه صاحبها الذي اتهم قلت : لقد أردت ياأمير المؤمنين ان آتي به مصفوداً . فقال (أي عمر) : اتأتي به مصفوداً بغير بينة ؟ لا اكتب لك فيها ، ولا اسأل لك عنها . قال : فغضب ، فما كتب لي فيها ، ولا سأل عنها [2] .

فرسول الله ﷺ يتحلل من ذلك الذي عاقبه بمجرد الاتهام . وعمر رضي الله عنه يهدر حق صاحب المال المسروق بمجرد تصريحه أنه كان يريد القبض على المتهم دون بينة .

ولعدم مشروعية الاكراه على الكلام ذهب جماهير العلماء الى ابطال الاقرار الناجم عن ضغط ، وعدم ايجاب أي شيء به [3] .

---

(١) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢١٦ - ٢١٧
(٢) المرجع نفسه
(٣) راجع المغني ٥/١٢٥ وكشاف القناع ٦/٤٥٤ ، والانصاف ١٢/١٣٣ ومغني المحتاج ٢/٢٤٠ والمهذب ٢/٣٦٢ ، والبدائع ٧/١٨٩ والهداية ٣/٢٧٥ ، والمبسوط ٩/١٨٤ - ١٨٥ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٤٨ ، والخرشي ٦/٨٧ ، وتحرير الوسيلة ٢/٣٩٨ ، والمحلى ٢/٢٨٨ ، والبحر الزخار ٥/٣

وذهب بعض العلماء الى تصحيح الاقرار مع الاكراه بضرب او حبس اذا كان المتهم معروفاً بالفساد والفجور كالسرقة ونحوها ، وذلك لحديث ابن عمر – رضي الله عنهما – ان النبي ﷺ قاتل اهل خيبر حتى ألجأهم الى قصرهم ، فغلب على الارض والزرع والنخل ، فصالحوه على ان يجلوا منها ولهم ماحملت ركابهم ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء ويخرجوا منها ، واشترط عليهم ان لايكتموا شيئاً ولايغيبوا شيئاً ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد ، فغيبوا مسكاً فيه مال وحلي لحيي بن اخطب كان احتمله معه الى خيبر ، حين اجليت بنو النضير ، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي : مافعل مسك حيي الذي جاء به من النضير ؟ فقال : اذهبته النفقات والحروب . فقال : العهد قريب والمال اكثر من ذلك .

فدفعه رسول الله ﷺ الى الزبير فمسه بعذاب وقد كان حيي – قبل ذلك – دخل خربة

فقال : قد رأيت حيياً يطوف في خربة هاهنا ، فذهبوا وطافوا ، فوجدوا المسك في الخربة[1] .

والحديث كما هو ظاهر في يهود محاربين نكثوا بعد أن قاتلوا والجئوا الى العهد فعاهدوا ان لايغيبوا شيئاً فغيبوا شيئاً خطيراً كل القرائن تشير الى أنهم غيبوه ، فأين هذا من تعذيب مسلم متهم لايزال على البراءة ؟! .

وممن ذهب الى صحة اقرار المكره بعض متأخري الحنفية ، قال السرخسي في المبسوط : « .. وبعض المتأخرين من مشايخنا

---

(١) بهذا اللفظ اخرجه البيهقي ورجاله ثقات ١٣٧/٩ وأخرجه أبو داود بدون ذكر لتعذيب الزبير لعم حيي ٣٠٠٦ ، وأخرجه الحافظ في الفتح ٣٦٦/٧ ، ٣٦٧ وبنحو ذلك راجع حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٣ ، والطرق الحكمية ٧ – ٨ ، ٩ .

- رحمهم الله تعالى - أفتوا لصحة الاقرار بالسرقة مع الاكراه ، لأن الظاهر ان السرّاق لايقرون - في زماننا - طائعين .

وعن عصام بن يوسف من أصحاب صاحبي أبي حنيفة - رحمهم الله - انه سئل عن سارق ينكر ، فقال : عليه اليمين ! فقال الأمير : سارق ويمين ؟! هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى أقر ، فأتى بالسرقة فقال (أي عصام) : سبحان الله ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا .

قال : وفي اكراه البزازية من المشايخ من أفتى بصحة اقراره بها مكرهاً وسئل الحسن بن زياد : أيحل ضرب السارق حتى يقر ؟ قال : « مالم يقطع اللحم لايتبين العظم »[1] .

وقال ابن عابدين أيضاً : « ... ان ضرب المتهم بسرقة من السياسة ، وبه صرح الزيلعي ، وللقاضي فعل السياسة ولايختص بالامام »[2] .

وماذكره متأخرو الحنفية لا دليل لهم عليهم ، ويكفي ان يصفه حنفي من المتقدمين كعصام بالجور ، وكل ماذكروه من تبرير لايكفي لدفع أو اضعاف أدلة الجمهور على عدم جواز انتزاع الاقرار بالقوة .

ويمكن حمله على ما إذا تضافرت القرائن على قيام السارق بالسرقة ، واخفائه للمال المسروق مع عدم توفر الشهادة بشروطها الشرعية ، فيلجأ القاضي الى هذا لاظهار المال المسروق ، ومع ذلك فانهم لا يستطيعون إيجاد دليل يدل على ما ذهبوا إليه .

---

(١) انظر تنوير الابصار وحاشية ابن عابدين عليه : ٣/٢٧٠ وعبارة الحسن كالمثل يريد : انه مالم يضرب السارق لا يظهر جسم السرقة الذي عبر عنه بالعظم

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٢٥٩

وهم قد وافقوا الجمهور في بطلان اقرار المكره في غير السرقة ، وفي السرقة لايعتد باقراره الا في مجال تضمينه المال المسروق . أما القطع فانه لايقطع لشبهة الاكراه [1] .

وأما ابن القيم فهو – وان كان قد صرح بجواز ضرب المعروف بالفجور متهماً بالسرقة ليعترف ويدل على المال المسروق تبعاً لشيخه ابن تيمية رحمهما الله-لايرى أن اقراره هو الموجب لاقامة الحد عليه ، بل وجود المال المسروق عنده هو العلة في قطعه ، فقال . « اذا عوقب المتهم (أي عذب) على ان يقر بالمال المسروق فأقر به وظهر عنده قطعت يده وليس هذا اقامة للحد بالاقرار الذي أكره عليه ولكن بوجود المال المسروق معه الذي توصل اليه بالاقرار »

وأما ابن حزم فقد قال : « .. أما ان لم يكن إلا اقراره (أي المكره) فقط فليس بشيء ، لان أخذه باقرار هذه صفته لم يوجبها قرآن ولا سنة ولا اجماع ، وقد صح تحريم بشرته ودمه بيقين ؛ فلا يحل شيء من ذلك الا بنص أو اجماع ، فإن استضاف الى الأقرار أن يتحقق به يقيناً صحة ما أقر به – ولايشك أنه صاحب ذلك – فالواجب اقامة الحد عليه . وله القود – مع ذلك – على من ضربه ، السلطان كان او غيره ، لأنه ضربه ظلم له دون أن يجب عليه ضرب ، وهو عدوان [2] ؛ وقد قال الله تعالى : « **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه** » الآية [3] .

ولا نظن ان ابن القيم يريد غير ما أراده ابن حزم من الحصول على اليقين من طريق آخر ليكون القطع بذلك ، لا باقرار أكره عليه

(١) المرجع السابق ٤/٦٥١
(٢) أنظر المحلى ١١/١٤٢
(٣) سورة البقرة الآية ٣٨

فإن الجمهور قد أبطلوا اقرار المكره حتى مع قيام بعض القرائن الظنية المؤيدة لصحة اقراره كالعثور على المال المسروق في بيت المتهم ، لاحتمال ان غيره وضعه في بيته نكاية به .[(١)]

المذهب الراجح :

لاشك ان الراجح هو مذهب الجمهور في منع الاكراه وفي ابطال آثاره، فذلك هو الذي يتفق مع ماورد في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ من وجوب اقامة الحق والعدل واقرار المكره ليس حقاً ، ومعاقبته بمقتضاه ليس عدلا ، والذي يدرأ عن المجتمع الخطر حقيقة هو التزام الحق واقامة العدل وسد الذرائع الى الباطل ، واعتبار الاكراه وسيلة لاحقاق الحق ذريعة الى شرور لاتحصى، وخطأ في عفو خير من اصابة بظلم .

التحايل للوصول الى الاقرار :

أما ما سماه ابن حزم بـ « البعثة » في المتهم أو التحايل للحصول منه على اقرار فقد حسنه ابن حزم ، واحتج لحسنه ووجوبه بفعل رسول الله ﷺ مع اليهودي الذي رض رأس الجارية حيث لم يزل رسول الله ﷺ به يحاوره ويداوره حتى اعترف فاقاد منه .

كما احتج لذلك بفعل بعض الصحابة رضوان الله عليهم، قال : فهذا حسن ، لأنه لا اكراه فيه ولا ضرب ، ونقل عن مالك كراهته لذلك ورد عليه .[(٢)] .

ولعل ماذهب اليه مالك – رحمه الله – هو الأقرب لقواعد الشرع مما ذهب اليه ابن حزم فإن في التحايل تأثيراً على ارادة المتهم ، وبعثاً له على الاعتراف بطريقة ليس فيها تعذيب أو ايذاء ، ومنع الاكراه ليس لما

---

(١) انظر شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٦/٨ – ١٠٧

(٢) انظر المحلى ١٤٢/١١

فيه من ايذاء فقط بل لما فيه من التأثير على ارادة المتهم واختياره ، هذه الارادة التي يحرص الاسلام الحرص كله على ان تبقى حرة .

الاقرار الإرادي وحقه في الرجوع عنه :

الحقوق – من حيث صحة رجوع المقر عن اقراره بها ، وعدم صحة ذلك – نوعان :

١- **النوع الأول** : الحقوق التي يصح الرجوع عن الاقرار فيها ، وهي الحدود ؛ فهي حقوق خالصة لله تعالى تدرأ بالشبهات ، فاذا رجع المقر عن اقراره في الحدود تحول رجوعه إلى شبهة ، وهي احتمال كذبه في اقراره ، وصدقه في رجوعه ، والحدود تدرأ بالشبهات ، فاذا أقر شخص بالزنا ، ثم رجع عن اقراره صح رجوعه ، وسقط حد الزنا عنه عند الجمهور،وخالف في ذلك ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبو ثور وأهل الظاهر[١] .

وفصّل مالك ، فقال : ان كان الرجوع الى شبهة قبل رجوعه ، والا فعنه في ذلك روايتان : احداهما:يقبل ، وهي الرواية المشهورة والثانية . لايقبل[٢] .

والخلاف وقع في حد السرقة وحد الشرب . أما حد القذف فلا يصح الرجوع فيه عن الاقرار ، وأما قطع الطريق ففيه وجهان : أحدهما : لايقبل فيه الرجوع ، لأنه حق واجب لصيانة حق الآدمي كحد القذف . والثاني : يقبل ، وصححه بعضهم تنزيلا له منزلة حد الزنا[٣]

---

(١) راجع الافصاح ٢/٤٠٦ ، وكشاف القناع ٦/٩٩ ، والقوانين الفقهية ٣٤٤ ، وبداية المجتهد ٢/٤٧٧ ، ومغني المحتاج ٤/١٥٠ ، والبدائع ٧/٦١ ، والمبسوط ٩/٩٤

(٢) أنظر البداية ٢/٤٧٧

(٣) المهذب ٢/٣٦٤

والأصل في صحة الرجوع عن الاقرار في الحدود حديث ماعز حيث لقنه رسول الله ﷺ الرجوع عن الاقرار بقوله : « لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت » ، فلو لم يصح الرجوع لما لقنه رسول الله ﷺ ذلك .

والرجوع عن الحدود يكون صريحاً كقوله : « رجعت عن اقراري » ونحوه، ودلالة : كالهرب من اقامة الحد .

ويصح الرجوع قبل الحكم وبعده ، وقبل التنفيذ وبعده .

٢- **النوع الثاني** : الحقوق التي لايصح الرجوع عن الاقرار فيها - مطلقــاً - مالية كانت أو غيرها ، وهي حقوق الناس ، ذلك لان المقر لايملك التصرف في ملك الغير فاقراره قد أثبت حقاً للغير ورجوعه ادعاء بازالة ذلك الحق فلا يقبل .

والرجوع عن هذه الحقوق كذلك يكون صراحة ودلالة .